

**A. I. N°** - 2071124016/05-7  
**AUTUADO** - DISOMED DISTRIBUIDORA OESTE DE MEDICAMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ MARIA BARBOSA  
**ORIGEM** - INFAZ BARREIRAS  
**INTERNET** - 29/09/05

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N°0050-05/05

**EMENTA:** ICMS. ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. A forma de apuração do imposto adotada pelo autuante configurou arbitramento da base de cálculo não previsto em lei. Infração não caracterizada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 11/04/2005, para exigência de pagamento de imposto no valor de R\$ 4.375,65, mais a multa de 100%, sob acusação de recolhimento a menor do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, correspondente à aquisição de medicamentos da firma Geolab Indústria Farmacêutica Cosmética Ltda. (GO), com utilização de documento fiscal (Nota Fiscal n° 009681) consignando preços inferiores ao praticado, conforme documentos às fls. 08 a 11.

Foi dado como infringido o artigo 56 c/c com o artigo 209, inciso VI, do RICMS/97, com aplicação da multa prevista no artigo 42, IV, “f”, da Lei n° 7.014/96.

Na defesa fiscal constante às fls. 39 a 44, o autuado ressalta que as mercadorias apreendidas não se destinavam ao comércio, explicando tratar-se de medicamentos para venda exclusivamente hospitalar, sob licitação. Esclarece que a metodologia utilizada pelo autuante – fracionando as caixas dos produtos e substituindo o valor constante em nota fiscal pelos preços descritos em revista especializada, não é o usual. Ao contrário, é ato expressamente proibido. Explica que em agindo assim, o fisco está induzindo, mesmo que não intencionalmente, o defendente a prática de ato expressamente proibido.

Insiste em salientar que as mercadorias apreendidas estão dispostas em caixas de medicamentos com 500 comprimidos, não sendo possível à venda fracionada. Aduz que as mercadorias, do jeito em que se encontram (caixas com 500 comprimidos) só podem ser vendidas a hospitais, clínicas e prefeituras. Jamais a particulares.

Apresenta decisão judicial, prolatada pelo TJ-SC (Ac. Unân. Da Câm. Especial julg. Em 21-06-2000), dispondo que a mera presunção do ilícito tributário não deve gerar a autuação fiscal.

Traz declaração da empresa remetente (fls. 50), informando que comercializa produtos da linha Hospitalar, destinados ao atendimento em prefeituras, hospitais e distribuidores devidamente cadastrados em órgãos públicos. Afirma ser essa linha adquirida em licitações, com maior volume de vendas e, conseqüentemente, com preços mais competitivos. Assegura que não há subfaturamento e que os preços da linha Hospitalar sempre serão menores. Anexa cópias da revista Guia das Farmácias, de maio de 2000, com o preço praticado pelo concorrente para as mercadorias autuadas (fls. 51/52).

Disse que as mercadorias apreendidas (caixas com 500 comprimidos) não constam do “Diário de Vendas”, estando neste apenas os produtos com caixas de 20 comprimidos, que se destinam a

vendas em farmácias. Anexa aos autos detalhe dos produtos apreendidos (fls. 53/54), como a procedência, autorizações, forma física, etc.

Informa que o produto SODIX, 50 mg, caixa com 500 comprimidos, já fora adquirido pelo valor tido como irrisório pelo autuante, acostando cópia da nota fiscal nº 09261 (fls.55). Alega, mais uma vez, ser este o preço praticado pela indústria fabricante dos medicamentos, e que não houve subfaturamento da operação. Junta ao PAF cópias de notas fiscais (fls 56/57) com vendas a entes públicos dos produtos arrolados na exordial, com o fim de comprovar todo o alegado (que o produto destina-se exclusivamente a vendas para órgãos públicos, hospitais e distribuidoras e que o preço praticado é aquele considerado como subfaturado).

Por fim, requereu a improcedência e o cancelamento do Auto de Infração.

Na informação fiscal (fls. 59), o autuante diz estranhar ser a embalagem e não os componentes da fórmula do remédio, a definidora do preço.

### **VOTO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do autuado, na condição de sujeito passivo por substituição, o imposto correspondente à aquisição de medicamentos da firma Geolab Indústria Farmacêutica Cosmética Ltda. (GO), com utilização de documento fiscal (Nota Fiscal nº 009681) consignando preços inferiores ao praticado, conforme documentos às fls. 08 a 11.

A acusação de recolhimento a menor do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, correspondente à aquisição de medicamentos da firma Geolab Indústria Farmacêutica Cosmética Ltda. (GO) conflita com a tipificação utilizada pelo auditor - utilização de documento fiscal inidôneo (Nota Fiscal nº 009681), tendo sido considerado como infringido o artigo 56 c/c com o artigo 209, inciso VI, do RICMS/97 (Decreto 6.284/97), com aplicação da multa prevista no artigo 42, IV, "F", da Lei nº 7.014/96. Esta contradição inicial, que poderia resultar em nulidade de todo o lançamento fiscal, por provocar insegurança quanto ao fato incorrido, foi afastada pela defesa, a qual não encontrou dificuldades em traçar sua atuação, vez que tinha conhecimento claro da imputação feita a ela.

A afirmada discrepância entre os preços constantes na nota fiscal acima mencionada e os praticados pelo mercado, conforme cópia de publicação reproduzida nos autos, foi o indício mostrado pelo auditor como prova do subfaturamento. Observo que na realidade o auditor fiscal arbitrou a base de cálculo, já que não comprovou qual o preço para os dois produtos (caixas contendo 500 comprimidos). Não há tanto na cópia da publicação apresentada pelo autuante, quanto pela defesa, preço para os produtos autuados, e sim para uma variante destes, que é a caixa com 20 comprimidos. Ressalte-se que a menor unidade é de fácil comercialização, destinando-se a vendas em farmácias. Já os produtos objetos da autuação referem-se a medicamentos para venda exclusivamente hospitalar, sob licitação, conforme explicação da defesa. Daí a razão de não constarem das publicações especializadas juntadas aos autos, segundo alegação da defendente.

Por outro lado, o sujeito passivo acostou cópias de notas fiscais (fls 56/57) com vendas a entes públicos dos produtos, fazendo prova que o produto é comercializado para órgãos públicos, hospitais e distribuidoras e que o preço praticado é aquele considerado como subfaturado.

O art. 938, V, do RICMS dispõe da forma de cálculo para o arbitramento:

*V - na fiscalização do trânsito:*

*b) no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:*

*1 - o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente das mercadorias ou*

*de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual da margem de valor adicionado (MVA) correspondente, de acordo com as alíneas "a" a "g" do inciso I; ou*

*2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;*

O autuante, todavia, não apresentou os preços dos produtos, afastando-se do RICMS, inovando ao fracionar as caixas dos produtos e substituir o valor constante em nota fiscal pelos preços descritos para outros (embora com os mesmos componentes da fórmula do remédio). Esta metodologia, por si só, é causa de nulidade do presente PAF, uma vez que a Base de Cálculo é integrante do lançamento, conforme art. 142 do CTN (Lei 5172/66), e a sua imprecisão ou imperfeição, resulta em nulidade do lançamento, conforme art. 18 de RPAF.

Isto posto, voto pela nulidade do auto de infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **2071124016/05-7**, lavrado contra **DISOMED DISTRIBUIDORA OESTE DE MEDICAMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR